

E SE TIVESSEM SIDO DUAS DISCIPLINAS?

WHAT IF THEY HAD BEEN TWO SUBJECTS?

Samuel Saliba Monteiro Pinto

Resumo: Em um país marcado pela severa desigualdade social, as políticas afirmativas tendentes à garantia do acesso à educação pública superior referem condição de possibilidade para a mudança na realidade de pessoas que em princípio não teriam como arcar com o ensino privado. O presente artigo visa examinar decisões judiciais que permitiram o ingresso no curso superior, por reserva de vagas para pessoas que cursaram integralmente o ensino médio em escola pública, para pessoa estudante reprovada em uma disciplina, a fim de avaliar a integridade desses julgados. Em uma perspectiva hermenêutica, uma vez que as decisões foram *contra legem*, seguro concluir-se que apresentaram resposta equivocada ao conflito levado a exame pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Educação; Políticas afirmativas; Integridade; Hermenêutica.

Abstract: In a country marked by severe social inequality, affirmative policies aimed at guaranteeing access to public higher education refer the possibility of changing the reality of people who, in principle, would not be able to afford private education. This article aims to examine court decisions that allowed admission to higher education, by reserving places for people who attended high school in a public school, for students who failed one subject, in order to assess the integrity of these judgments. From a hermeneutic perspective, since the decisions were *contra legem*, it is safe to conclude that they presented an erroneous response to the conflict brought to be examined by the Judiciary.

Keywords: Education; Affirmative policies; Integrity; Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no artigo 6º, dispõe que a educação é um Direito social destinado a todas as pessoas, sendo um dever do Estado e da família e que visa “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, conforme preconiza o artigo 205. (BRASIL, 1988).

A Lei Federal nº 12.711/2012 prevê a reserva de vagas para aquelas pessoas que tenham (i) “cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”, e (ii) possuam renda familiar igual ou inferior a 1,5 salários-mínimos; e, da mesma forma, contempla pessoas pretas, pardas, indígenas e portadoras de deficiência. (BRASIL, 2012).

A importância da educação e dessa reserva de vagas é evidente, pois nosso país é historicamente marcado por grandes desigualdades sociais. Há grande concorrência nas seleções para ingresso nas instituições públicas de ensino superior, as provas são bastante difíceis, estudantes pertencentes “ao topo da pirâmide social”, por possuírem “maiores recursos financeiros para se preparar para os exames vestibulares” acabam ocupando “as vagas nas universidades públicas”. E por esse mesmo motivo, dada a precariedade do ensino público nos demais níveis (fundamental e médio), as pessoas estudantes que fazem parte de classes sociais menos privilegiadas acabam “sofrendo as consequências de um ensino deficitário”. Assim, desistem antecipadamente das seleções, antes que “o próprio sistema educacional, condicionado pelos aspectos sociais, econômicos, políticos entre outros” promova a sua eliminação. (SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 516).

Referem as autoras que:

Em geral, são poucos os alunos pobres que almejam o ingresso no ensino superior, pois historicamente os estudos universitários fazem parte da vida daqueles que não

têm a necessidade de trabalhar para garantir seu sustento e de sua família. Em uma sociedade em que a educação superior é tida como um privilégio de poucos, a grande maioria dos estudantes abre mão do “sonho” do ingresso em uma instituição de ensino superior em virtude da tradição histórica de exclusão. (SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 518).

E sendo as verbas públicas escassas, a respectiva alocação deve seguir os estritos comandos constitucionais/legais.

Pivetta (2015, p. 22), tratando do direito à saúde, refere “a reserva do financiamento possível”, que se consubstanciaria em elemento a ser considerado “quando estiver em causa um dever de atuação positiva do Estado”, *i. e.*, quando ele “deve promover prestações fáticas voltadas à concretização” de um direito, “especialmente no que tange ao dever de proteção e promoção”. Sentencia o autor que:

Essa reserva deve ser compreendida não como um obstáculo intransponível para a realização de prestações fáticas, mas sim como um fator que direciona para a forma como os recursos são alocados para o cumprimento das finalidades do Estado. (PIVETTA, 2015, p. 22).

Inclusive, essa é a razão de haver seleções públicas com caráter classificatório e eliminatório – na hipótese de não preenchimento dos requisitos legais, poderá a pessoa estudante ingressar em instituições de ensino federais por aprovação na ampla concorrência.

Diante de decisões que permitiram o ingresso no curso superior, por reserva de vagas para pessoas que cursaram integralmente o ensino médio em escola pública, para pessoa estudante reprovada em uma única disciplina, objetiva-se com o presente artigo avaliar esses julgados, em uma perspectiva hermenêutica, a fim de verificar se atendem ao disposto no artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil, notadamente quanto à integridade, ou seja, se apresentam uma resposta adequada à Constituição Federal.

Para atingir tal desiderato, será adotada metodologia teórica, bibliográfica e documental, com abordagem dedutiva e procedimento comparativo, a fim de revisar a literatura relacionada com a hermenêutica jurídica, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito do Professor Lenio Streck, partindo, na primeira seção, de uma breve contextualização do caso concreto, com a cautela de preservar a identidade das partes.

Adiante, na segunda seção, far-se-á a conceituação de coerência, integridade e estabilidade, como características legais (obrigatórias) da jurisprudência dos tribunais brasileiros, para na terceira seção examinar a (in)adequação dos julgados quanto à concretização do Direito Constitucional à Educação.

1 CASO CONCRETO

Como já sinalizado, não serão identificadas as partes, pois o que se pretende é – apenas – a análise *jurídica* das decisões judiciais, de forma crítica quanto ao modo com que foram construídas pelas pessoas julgadoras.

Em processo judicial no âmbito da Justiça Federal do Brasil, narrou a parte autora de Mandado de Segurança que cursou o ensino médio todo no ensino público, tendo sido reprovada em *uma única disciplina*, ocasião em que realizou uma prova em uma instituição de ensino particular, que, após a sua aprovação na referida disciplina, concedeu-lhe um certificado de ensino médio.

Diante, pois, da reprovação em *uma única disciplina* no ensino pública, “buscou cursar apenas esta matéria em escola da Rede Privada, na realização dos conhecidos provões, para assim não ter que repetir de ano e conseguir a aprovação na disciplina pendente”.

Eis o motivo da negativa administrativa, baseada em texto normativo de lei federal a favor da qual milita a presunção de constitucionalidade.

Frente à inexistência de ilegalidade ou abuso de poder, já que a negativa administrativa foi baseada na literalidade de lei federal, bem como ausente direito líquido e certo, já que *confessado* o não preenchimento dos requisitos (legais) para ingresso naquela modalidade, não apenas o pedido de tutela de urgência deveria ter sido indeferido, como a própria ação deveria ter sido extinta. Isso não ocorreu.

Houve a determinação liminar à autoridade impetrada para que promovesse a matrícula da pessoa impetrante, inobstante a irreversibilidade da medida, já que depois de frequentado o curso a pessoa estudante não poderia desfazer os conhecimentos adquiridos e eventualmente alguma – outra – pessoa poderia ter ficado sem vaga. A tutela, portanto, deveria no máximo abranger a garantia de uma vaga, não a matrícula.

Assim se decidiu pela presença do “*fumus boni iuris*”:

A partir de uma interpretação estritamente literal, conclui-se que a aluna não poderia participar do sistema de cotas. Contudo, necessária a ponderação do direito social à educação (art. 6º c/c art. 205, CF) com os demais princípios constantes da Lei Maior, dentre eles, o princípio constitucional implícito da razoabilidade.

Nesse passo, o fato de a impetrante ter cursado apenas uma disciplina do ensino médio em escola particular, haja vista sua reprovação na rede pública e com vistas à submissão a exame supletivo, não é razão suficiente para excluí-la do sistema de cotas, pois é inequívoca a preponderância de sua vida estudantil em escola pública. Com efeito, sua breve passagem na rede privada não afasta sua hipossuficiência, de modo a colocá-la em posição de vantagem em relação aos estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Entendo, assim, que escapa à finalidade da norma penalizar o estudante por ter cursado apenas uma disciplina em instituição particular, de forma que, na espécie, a exclusão da impetrante em tal condição de ação afirmativa viola o princípio da razoabilidade. – Grifo nosso.

Constou que “A reserva de vagas de ensino superior em favor de” pessoas candidatas oriundas “de escolas públicas tem como objetivo a mitigação da desigualdade de ensino em desfavor de” pessoas alunas “que, devido às suas condições econômicas, não puderam custear sua educação na rede particular”; e que a pessoa impetrante teria se limitado a “frequentar a rede privada por ocasião de sua reprovação” em uma única disciplina.

Prestando informações, a autoridade coatora defendeu a legalidade do ato administrativo pela vinculação ao edital e à lei, e que *in casu* não havia o preenchimento de todos os requisitos para ingresso na instituição federal de ensino.

A procuradoria *ex lege* disparou recurso de agravo de instrumento, pugnando pela reforma do *decisum*, “pois contraria[ria] frontalmente dispositivos e princípios legais e constitucionais”, não tendo havido a concessão de efeito suspensivo ou manifestação da parte agravada.

Não reconsiderada a decisão e sobreveio decisão terminativa – motivo pelo qual o recurso de agravo de instrumento manejado foi considerado prejudicado – nos seguintes termos:

[...] a impetrante comprovou ter cursado todo o período do ensino médio em escolas da rede pública de ensino, tendo frequentado a rede privada apenas por ter reprovado na matéria de [...], não se apresenta razoável não poder participar do sistema de cotas, *embora a interpretação estritamente literal pudesse ser em sentido diverso.*

Dessa forma, *verifico que o fato da impetrante ter cursado apenas uma disciplina do ensino médio em escola particular, haja vista sua reprovação na rede pública e com vistas à submissão a exame supletivo, não é razão suficiente para excluí-la do sistema de cotas, bem como não afasta sua*

hipossuficiência, pois resta comprovado nos autos a preponderância de sua vida estudantil em escola pública de ensino. – Grifo nosso.

A procuradoria *ex lege* disparou recurso de apelação, os autos foram remetidos para o segundo grau de jurisdição em 2017 e no mês de abril de 2021 sobreveio acórdão desprovido-o, tendo constado no voto condutor que “O fato de” a pessoa “apelada ter cursado apenas uma disciplina em regime de supletivo, enquanto todo o ensino médio foi feito em escola pública, efetivamente, não desnatura a sua condição de” pessoa “estudante de escola pública.”.

Havendo recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), até o seu julgamento a pessoa impetrante já terá concluído o curso – se já não o concluiu. Nesse caso, a despeito da ausência de trânsito em julgado, houve/terá havido efetiva satisfação da tutela pretendida.

Sobre os efeitos de uma eventual decisão dessas cortes *contrária* aos interesses da pessoa estudante, não tratarei no presente artigo.

Contextualizado o caso concreto, passa-se à conceituação de integridade, coerência e estabilidade, como características legais (obrigatórias) da jurisprudência dos tribunais brasileiros, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, que dada a sua sofisticação e profundidade, naturalmente não poderá ser examinada minudentemente no presente artigo.

2 INTEGRIDADE, COERÊNCIA E ESTABILIDADE

Inobstante a crise do/no Direito, bem assim da/na dogmática jurídica, de modo que no cenário da 4ª Revolução Industrial (PINTO *apud* PINTO, 2021) há natural – e cada vez mais rápida – obsolescência dos textos normativos, fazendo com que elas, as leis, padeçam de baixa efetividade, defende Lenio Streck (*apud* PINTO, 2021) que não podemos desvalorizar um código a ponto de torná-lo “algo sem sentido”.

Por isso, como alerta o jusfilósofo, mesmo concordando que “Há tempos sabemos que o direito não cabe em códigos”, devemos levar o Direito a sério. (STRECK *apud* PINTO, 2021).

A Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil em vigor não permitem qualquer discricionariedade de pessoas magistradas, que são obrigadas a decidir conforme a Constituição, as leis da república e a prova produzida nos autos do processo, bem como conforme os precedentes dos tribunais – e não conforme suas convicções pessoais.

Referido diploma legal – o CPC – excluiu a possibilidade de se decidir conforme o livre convencimento (artigo 371), bem como ordenou que todas as pessoas julgadoras do país mantenham suas decisões estáveis, íntegras e coerentes (artigo 926). (BRASIL, 1988; BRASIL, 2015).

Dito de outra forma, não há livre convencimento ou livre convicção, mas convicção e convencimento *exaustivamente* motivados, e uma decisão que nega vigência a artigo de lei federal, sem declarar a sua inconstitucionalidade, possui alta probabilidade de colidir com a Constituição Federal de 1988, que no seu artigo 93, *caput* e inciso IX, exige motivação das decisões, sendo essa uma garantia da população no sentido de que as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas. Por esse motivo não podem os agentes do Estado formarem suas convicções e decidirem a partir de livre apreciação/livre convencimento. (BARCELOS, 2020, p. 195-196). Na mesma linha, lecionam Demétrio Giannakos e Lenio Streck:

[...] no CPC/2015 não há espaço para decisões personalistas com que estivesse criando o direito a partir de um grau zero. O “livre convencimento” (que foi retirado do texto do CPC) não é o mesmo que decisão fundamentada. A segurança jurídica e a proteção da confiança e da isonomia somente fazem sentido se as decisões obedecerem à coerência e à integridade. (STRECK; GIANNAKOS, 2020).

O CPC possui uma série de problemas, como também já apontava Streck (2014, p. 157), mas constitui-se em inegável aperfeiçoamento se o compararmos com o antigo código. E uma das maiores provas disso é o artigo 926, *caput*, que ordena aos tribunais do país que uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente”. (BRASIL, 2015).

Integridade, “conforme Dworkin”, é “um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”. (STRECK, 2014, p. 158). Assim, a integridade da jurisprudência exigirá “que” as pessoas magistradas “construam seus argumentos de forma coerente ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas”, colocando “efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas”. (STRECK, 2014, p. 159).

Coerência, na mesma perspectiva, assegura a igualdade de “consideração por parte do Poder Judiciário”, *i. e.*, “haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos”. (STRECK, 2014, p. 158).

Estabilidade, por fim, é o “conceito autorreferente que traduz a relação direta com os julgados anteriores”. (STRECK, 2014, p. 158).

Em seu *Dicionário de Hermenêutica*, Lenio Streck (2017, p. 34-35), no verbete “Coerência e integridade”, demanda que não poderá a pessoa aplicadora decidir seguindo sua consciência, na medida em que o “livre convencimento significa o total afastamento” da pessoa julgadora “dos elementos de coerência e integridade”.

No paradigma pós-positivista, pois, as decisões judiciais são hermenêuticamente controladas, conforme leciona Pablo Miozzo, não havendo espaço para qualquer discricionariedade. Diz o autor:

No que tange às decisões judiciais, desde a formação do programa normativo, com a seleção dos textos normativos, que, a partir do caso concreto seriam em tese pertinentes, até a reanálise, agora dos fatos, pertinentes sob a ótica desses textos normativos, chegando-se à formulação da norma e, por derradeiro, da norma de decisão, há o dever do julgador de demonstrar como sua pré-compreensão obrou. Não são escolhas arbitrárias ou apenas volitivas, são atos hermenêuticos e, portanto, hermenêuticamente e intersubjetivamente passíveis de controle. (MIOZZO *apud* PINTO, 2019, p. 206, grifei).

Sendo a integridade e a coerência “imperativos que vinculam a decisão judicial para encontrar sua fundamentação no direito intersubjetivamente constituído, e não em algo criado durante o processo”, e se pressupõem igualdade de tratamento, impedindo, exemplifica Lenio Streck (2014, p. 160), a transferência de recursos dos outros para priorizar tão somente um, seguro concluir-se pela incorreção das decisões referenciadas na primeira seção.

Diz o jusfilósofo que:

O julgador não poderá utilizar-se de argumentos que não estejam coerentemente sustentados, o que inclui, como ponto de partida, uma autovinculação com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva “porque que” (ou porque sim). (STRECK, 2014, p. 160).

Para Lenio Streck (2014, p. 164), “A coerência e a integridade são” “vetores principiológicos pelos quais todos o sistema jurídico deve ser lido”, e “em qualquer decisão judicial a fundamentação”

deverá ser respeitada “a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição”.

Se “Integridade quer dizer entrelaçamento entre legalidade e a constitucionalidade” (STRECK, 2014, p. 166), uma decisão poderá ser *contra legem*, ou seja, possível que não seja aplicada pela pessoa julgadora, mas desde que observados alguns critérios.

No ponto, nos ensina Igor Ratz (2018) que sim, “sob a ótica da CHD”, crítica hermenêutica do Direito, “é possível encontrar critérios para que” a pessoa julgadora possa, eventualmente, deixar de aplicar a lei. Em seu *Dicionário de Hermenêutica*, Lenio Streck diz que:

[...] um juiz somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face do critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão, do modo como explicitado em *Verdade e Consenso*. (STRECK, 2017, p. 258-259).

Para o jusfilósofo, “Fora dessas hipóteses” a pessoa julgadora é obrigada a “aplicar” a lei, sendo esse “um dever fundamental”. (STRECK, 2017, p. 259).

3 DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO E O PAPEL DOUTRINA

A partir do caso concreto examinado na primeira seção, verifica-se que tanto a inicial quanto a decisão liminar, bem como a sentença e o acórdão da apelação, reconhecem o não preenchimento dos requisitos legais, dado que a pessoa impetrante efetivamente não cursou a integralidade do ensino médio em escola pública: foi reprovada em *uma única* disciplina e fez uma prova em um colégio particular, que lhe concedeu um certificado.

Imagine-se uma pessoa que cursou o 1º e o 2º anos do ensino médio em escola pública, tendo no 3º ano sido reprovada em *todas* as disciplinas. Ela então faz prova em uma escola particular – tendo ou não feito o 3º ano novamente – e é aprovada. Essa pessoa certamente não poderia receber o benefício da reserva de vagas. Ou poderia? E se essa mesma pessoa tivesse sido reprovada em *duas* ou *três* disciplinas?

Conforme Souza e Brandalise (2017, p. 517), diante de políticas e programas educacionais governamentais, “Nas últimas duas décadas vêm ocorrendo um sensível crescimento” no ingresso no ensino superior, por parte de pessoas estudantes oriundas do ensino público e também negras, historicamente excluídas do ensino superior”.

Com efeito, “Não se pode negar o efeito positivo desse aumento de estudantes”, a despeito da necessidade de serem consideradas “as possibilidades” dessas pessoas estudantes conseguirem finalizar o curso superior. (SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 517). Já que não basta que ingressem, mas que tenham condições de estudar e concluir as disciplinas de forma satisfatória.

Diz a Lei Federal nº 12.711/2012 que se a pessoa não cursou *integralmente* o ensino médio em escola pública – sendo aprovada em todas as disciplinas, inclusive porque tal é, a rigor, condição para ingresso no ensino superior –, não terá direito à reserva de vagas. (BRASIL, 2012).

Se tiver renda familiar superior – em um centavo (menor unidade monetária) – a um salário-mínimo e meio, também não terá direito. Se não for preta, parda, indígena e/ou deficiente, *idem*. (BRASIL, 2012).

A política de cotas, portanto, “é um exemplo de política de ação afirmativa” e seu objeto é “elevar o número de” pessoas negras e/ou oriundas” de escola pública no ensino superior, ou seja, promover a democratização de acesso no ensino em faculdades e universidades. (SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 517).

Note-se que a pessoa poderá buscar a vaga pela ampla concorrência, que é a regra do sistema, pois como referiu a própria decisão liminar, “A reserva de vagas de ensino superior em favor de” candidatos oriundos “de escolas públicas tem como objetivo a mitigação da desigualdade de ensino em desfavor de” pessoas alunas “que, devido às suas condições econômicas, não puderam custear sua educação na rede particular”.

Não se pode negar que há um inegável déficit na educação básica, o que contribui para essa dificuldade de acesso ao ensino superior público, pois para que todas as pessoas estudantes pudessem acessar essas instituições de ensino, seria necessário que tivessem educação básica de qualidade. Eis a virtude do sistema de cotas, pela possibilidade de garantir o acesso das pessoas alunas que frequentaram escolas públicas. (MACHADO; MAGALDI *apud* SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 521).

Referem as autoras: “Entende-se então que, embora as ações afirmativas contribuam para a redução das desigualdades, promover a qualidade do ensino básico é ponto fundamental para que a justiça social efetivamente exista”. (SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 530).

Dito de outra forma, a despeito da “educação básica de qualidade” poder dar maiores “condições de acesso ao ensino superior” (MACHADO; MAGALDI *apud* SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 528), pendente a sua devida estruturação, já que vivemos em um “país que, em vez de fazer as coisas certas, teve academia de letras antes de universalizar o ensino fundamental e criou bolsa de valores antes de contar com uma economia consolidada” (FARIA, 2021), não podemos prescindir de políticas afirmativas como as de acesso ao ensino superior público. (MACHADO; MAGALDI *apud* SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 528).

No caso concreto examinado, se a pessoa impetrante frequentou “a rede privada por ocasião de sua reprovação” em determinada disciplina, seguro concluir-se que tinha condições de custear sua educação em rede particular. Não tivesse, não teria realizado tal disciplina.

Contraditória a decisão, portanto, especialmente por referir que a reprovação em uma disciplina na rede pública e aprovação em colégio particular não a colocaria “em posição de vantagem em relação aos estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas”.

Imagine-se a pessoa estudante que também foi reprovada em apenas uma disciplina, porém não pode fazer a prova em colégio particular, já que não tinha condições financeiras e precisou refazer o 3º ano. Essa pessoa seguramente ficou em desvantagem.

A decisão em grau recursal foi ainda mais longe, pois entendeu que uma disciplina em colégio privado não desnaturaria “a sua condição de estudante de escola pública.”. Mas e se tivessem sido duas, três ou quatro disciplinas? E se tivessem sido todas? E se a estudante tivesse feito todo o ensino médio em um colégio particular, e, frente a uma reprovação, cursasse *uma* disciplina em colégio público?

Note-se que uma pessoa que curse *uma única* disciplina em colégio público pode ser considerada estudante-de-escola-pública.

A partir dos fatos narrados na primeira seção, e tendo-se por base o referencial da segunda seção, seguro concluir-se que as decisões havidas no processo negaram vigência a artigo de lei federal, afastando a literalidade da Lei Federal nº 12.711/2012, prevendo reserva de vaga

para ingresso em curso superior para pessoa que efetiva e confessadamente não preencheu os requisitos para tanto.

Tratando do ativismo judicial, Lenio Streck (2016, p. 100) nos aponta que uma das suas características é a impossibilidade de repetição, ou seja, se “a decisão, nos moldes em que foi proferida”, não puder ser repetida “em situações similares”, há grandes chances de ela ser ativista.

Para o jusfilósofo, “decisões *contra legem* são práticas ativistas, porque, nesse caso”, a pessoa magistrada “se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos” da pessoa “constituente e/ou” legisladora originária”. (STRECK, 2016, p. 101). Diz o autor:

[...] em determinadas situações, o juiz deverá responder a três indagações fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas, e se, para atender aquele Direito, *está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia*. (STRECK, 2017, p. 259).

Havendo resposta negativa para alguma dessas perguntas, estar-se-á, diz Lenio Streck (2017, p. 259), “com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista”.

A “efetiva democratização da atividade jurisdicional” preconiza uma prestação de contas onde “toda e qualquer decisão” deva “manter coerência e integridade do Direito, como também estabilidade dos julgados quando inexístirem razões jurídicas suficientemente fortes para quebra-la”. (STRECK, 2014, p. 167).

Isso porque a integridade e a coerência “se constituem na condição de possibilidade do significado da jurisprudência e doutrina em um Estado Democrático de Direito”, e apontar o modo adequado de decidir é tarefa da doutrina. (STRECK, 2014, p. 168).

Eis a importância do constrangimento epistemológico, “como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno” (STRECK, 2020), bem assim de “censura significativa de decisões”. (STRECK, 2014, p. 168).

Dos trechos decisórios colacionados, verifica-se um inequívoco contorno à legislação, o que acaba criando insegurança jurídica. As decisões efetivamente foram ativistas. E o ativismo judicial, nos ensina Streck (2017, p. 20), precisa ser combatido a partir do estabelecimento de limites hermenêuticos àquelas pessoas que possuem poder de decisão, “diminuindo o [seu] espaço de discricionariedade”.

Houve, no caso concreto examinado a partir da primeira seção, inegável apropriação do Direito por parte das pessoas julgadoras, dado que decidiram em contrariedade à lei, gerando vantagem para pessoa que não cursou a integralidade do ensino médio na rede pública, na medida em que incontroverso que foi reprovada em uma disciplina, tendo buscado a aprovação em colégio privado.

Consoante Pivetta (2015, p. 31), “Nos casos sob o paradigma da escassez”, necessária a definição de critérios, fundamentados “na própria Constituição” e que funcionarão “como parâmetro a partir do qual se pode definir se a distribuição de recursos realizada pelo Estado foi” ou não “constitucional”.

No caso em tela, a Lei Federal nº 12.711/2012, a toda evidência constitucional, fornece critérios *objetivos* para ingresso em instituições de ensino superior públicas, de modo que dados os limites semânticos do diploma, não seria possível qualquer aplicação tendente a abranger no escopo legal pessoa que não concluiu (a íntegra) do ensino médio em escola pública.

Destaca o autor que “a atividade conformadora do legislador infraconstitucional permite, progressivamente, superar a indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais, restringindo o impacto da restrição de ordem financeira”. (PIVETTA, 2015, p. 31). Logo, se houve vantagem para a pessoa impetrante, dada a escassez dos recursos públicos, seguro concluir-se que houve desvantagem para alguma(s) outra(s) pessoa(s) candidata(s).

Uma vez que o direito social à educação, conforme Dias Sobrinho (*apud* SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 521), refere aspecto essencial e prioritário da sociedade, como consolidação da identidade nacional e instrumento de inclusão socioeconômica, deve ser adequadamente assegurado pelo Estado.

E sendo a política de cotas “uma possibilidade de superação das desigualdades”, promovendo “modificações na estrutura da pirâmide social e educacional”, pois proporciona “a elevação dos níveis sociais” e a abertura de possibilidade “para que aquelas pessoas que vivem em condições socioeconômicas menos favoráveis também sejam elevadas socialmente” (SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 522), qualquer flexibilização para alargar o acesso, contrariando expressa disposição legal, contraria o ideal de concretização do Direito Constitucional à Educação. Mormente porque cria benefício para pessoa que, a rigor, já possui vantagens se comparada com àquelas que frequentaram integralmente o ensino médio em escolas públicas – historicamente precárias.

Para Souza, “as políticas afirmativas buscam garantir uma igualdade real no tocante ao acesso ao ensino superior”, sendo uma política de democratização (*apud* SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 522), e se “a política de cotas facilita o acesso ao ensino superior para quem não tem chances iguais às” das demais pessoas “para concorrer a esse nível de ensino” (SOUZA; BRANDALISE, 2017, p. 522), se a pessoa beneficiária já estiver em vantagem – reitera-se, se comparada com àquelas que frequentaram integralmente o ensino médio em escolas públicas, – haverá inegável inversão da própria lógica das políticas afirmativas, notadamente àquelas da Lei Federal nº 12.711/2012.

O desenvolvimento de elementos de controle e legitimação para decisões judiciais é de uma dramática premência, notadamente para afastar-se quaisquer apropriações por parte da pessoa intérprete-julgadora (PINTO, 2019, p. 260-263), que por meio de posturas discricionárias, acaba fragilizando a autonomia do Direito, “tornando a própria lei e até mesmo a Constituição Federal reféns de discursos corretivos à base de elementos morais, políticos e econômicos, [...]”. (STRECK, 2017, p. 60).

E *mister* que ressalve que tal – o ativismo – não pode ser confundido com a judicialização, pois enquanto o primeiro, conforme Streck (2016, p. 99-101), é sempre ruim, dado que refere, *v. g.* no caso das decisões *contra legem*, uma espécie de assenhoreamento da lei pelas pessoas julgadoras, que se colocam como legisladoras, o segundo, na mesma linha, poderá ser bom desde não haja, no caso específico da judicialização da política, uma substituição do debate político pela vontade da pessoa magistrada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função das pessoas magistradas não é fácil. Decidir corretamente, em milhões de processos, complexos, envolvendo a vida de milhões de pessoas, seguramente é das tarefas mais difíceis que há.

O ônus argumentativo que recai sobre essas pessoas sem dúvida alguma torna a função de decidir extremamente complexa. Prender ou não uma pessoa, determinar que o Estado

forneça medicamento para uma criança severamente doente, quando o valor do remédio envolve milhões de reais, decidir a guarda de crianças, entre outras questões, demonstram com solar clareza que extinguir processos, com julgamento do mérito, é tarefa que demanda muita atenção e estudo.

Não se pretendeu no presente artigo apenas a crítica afásica de decisões judiciais que garantiram a uma pessoa o ensino superior. Sequer se pretendeu criticar a pessoa que buscou a tutela jurisdicional para o Direito que entendia possuir. Pretendeu-se, sim, demonstrar que a despeito do bem que tais decisões geraram para a pessoa impetrante, garantindo-lhe condições para o estudo e, assim, para conseguir obter melhores condições de vida, não atenderam o preceito constitucional de concretização do Direito à Educação. Da mesma forma, violaram lei federal e inverteram a própria lógica da política afirmativa de cotas – direcionada para determinadas pessoas que, como visto, historicamente não conseguem acessar esse importante capital: a educação superior.

Nesse caso, a vaga da pessoa aluna impetrante não foi para alguém que efetivamente preencheu todos os requisitos legais. Não foi para alguém que não pode fazer provas em escola particular e precisou repetir todo o terceiro ano do ensino médio.

Como também demonstrado, sobretudo a partir dos textos do Professor Lenio Streck, o ativismo judicial não é fenômeno isolado, havendo amplo trabalho da academia na tentativa de criar anteparos para a pessoa que possui Poder. Pretendeu-se com o presente artigo, no limite das forças da pessoa autora, a crítica construtiva, baseada, justificada, no sentido da importância de respeito ao Direito, por todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Guilherme. Crítica Hermenêutica do direito eleitoral: o julgamento chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral. Curitiba: Juruá, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Lei 12.711, 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Lei 13.105, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 out. 2021.

FARIA, José Eduardo. Semipresidencialismo: uma proposta séria? Jota, 22 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/semipresidencialismo-uma-proposta-seria-22072021>. Acesso em: 09 out. 2021.

PINTO, Samuel Saliba Moreira Pinto. Mediar ou não mediar, eis a questão. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo/SP, 02 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/samuel-saliba-medar-ou-nao-medar-eis-questao>. Acesso em: 09 out. 2021.

PINTO, Samuel Saliba Moreira. O controle hermenêutico jurisdicional na teoria e metódica estruturantes do Direito de Friedrich Müller. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 13(2), p. 231-266, 2019. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/78/112>. Acesso em: 09 out. 2021.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. RESTRIÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS. Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, Curitiba, PR, v. 2, n. 2, p. 14-34, 2015. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/revista/index.php/RMPCPR/article/view/55/54>. Acesso em: 09 out. 2021.

RAATZ, Igor. Juiz pode ignorar a lei? Teoria da decisão e as contribuições da crítica hermenêutica. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo/SP, 16 de junho de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/diario-classe-juiz-ignorar-lei-teoria-decisao-contribuicoes-chd#_ftn2. Acesso em: 09 out. 2021.

SOUZA, Andreliza Cristina de.; BRANDALISE, Mary Ângela Teixeira. Política de cotas e democratização do ensino superior: a visão dos implementadores. *Revista Internacional de Educação Superior*, Campinas, SP, v. 3, n. 3, p. 515-538, 2017. DOI: 10.22348/riesup.v3i3.7763. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/riesup/article/view/8650621>. Acesso em: 09 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e o novo Código de Processo Civil: apontamentos sobre a coerência e a integridade. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. 1 ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O direito e o constrangimento epistemológico. *Estado da Arte*, São Paulo, 21 de julho de 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em: 09 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Pode o juiz arbitrar redução de aluguel dispensando prova? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur)*, São Paulo/SP, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-15/streck-giannakos-juiz-dispensar-prova-reduzir-aluguel>. Acesso em: 09 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. 1 ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2016.